

Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de julio de 2008

I. UN SUPUESTO AL LÍMITE PARA UNA DECISIÓN DIFÍCIL: EL MATRIMONIO DEVENIDO HOMOSEXUAL POR CAUSA DE TRANSEXUALIDAD

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal [en adelante, TCF] alemán de 27 de julio de 2008,¹ por la que el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 8.1 de la abreviadamente conocida como *Transsexuellengesetz* (Ley de Transexualidad),² éste abordó un caso límite donde los haya y que ha reclamado la elaboración exigente de una decisión correspondientemente difícil.

El demandante en origen del caso, un ciudadano de nacionalidad alemana, nacido varón de acuerdo con el Derecho regulador del estado civil en 1929 y unido desde 1952 con su esposa en matrimonio, del que nacieron tres hijos, alegó sentirse desde hacía mucho tiempo como perteneciente al sexo femenino. Mediante resolución judicial y al amparo del artículo primero de la mencionada Ley de Transexualidad el demandante pasó desde el año 2001 a ostentar nombre de mujer, sometiéndose en 2002 a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, a la que siguió su solicitud de que se le aplicaran las previsiones del régimen legal de la transexualidad al objeto de que se le reconociera jurídicamente su nueva pertenencia en plenitud al sexo femenino; solicitud que le fue, sin embargo,

¹ BverfG I BvL 10/05, de 27.5.2008, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, pág. 3.117 y ss.

² *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen* [Ley sobre modificación del nombre y determinación de la asignación sexual en supuestos especiales] de 10 de septiembre de 1980. Para una contextualización de la ley alemana en el marco del Derecho comparado relativo a la transexualidad véase Esther Arroyo i Amayuelas: «Sexo, identidad de género y transexualidad», en Susana Navas Navarro (dir.): *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Reus, Madrid, 2006, pp. 113-189.

rechazada en 2003 por el juzgado de primera instancia conocedor de la misma por causa precisamente de estar unido en matrimonio.

A dicha resolución llegó el juzgado porque de acuerdo con la Ley de Transexualidad se preveía un procedimiento para que la persona transexual que se hubiera sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo pudiera ver reconocida judicialmente su nueva asignación sexual de manera que, con plenos efectos en Derecho, fuera atribuida a su nuevo sexo, estando todo ello, sin embargo, sometido al presupuesto recogido en el artículo 8, párrafo primero, de la misma ley por el que

«A solicitud de la persona que, por causa de su orientación transexual, ya no se sienta perteneciente al sexo consignado en la inscripción de nacimiento sino al opuesto y que al menos desde hace tres años experimente la necesidad de vivir de acuerdo con su convencimiento, el juzgado determinará que deba considerársela perteneciente al otro sexo si [...] 2. no está casada.»

En otros términos, si una persona casada que, por causa de su tendencia transexual se sometiera a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, y deseara obtener la determinación según dicho art. 8 del cambio de pertenencia sexual deberá antes divorciarse de su pareja; de lo contrario subsistirá el matrimonio, siendo que la mera adaptación quirúrgica al sexo sentido no constituye motivo de disolución del matrimonio de los enumerados en el artículo 1.314 del Código Civil alemán.

En el caso que nos ocupa, el transexual demandante argüirá desde el primer momento la irrazonabilidad de que por ley se le obligue a materializar un procedimiento de divorcio si es que desea conseguir el reconocimiento legal de su nueva pertenencia sexual, habida cuenta de que tanto él mismo como su cónyuge han vivido por más de cincuenta años un matrimonio feliz ³ y rechazan categóricamente el divorcio. Desde la transformación en 2001 por la que el demandante vive y comparece en todos los ámbitos de la vida como mujer ⁴ su

³ Se da la circunstancia de que el demandante, de ochenta años de edad, habiéndose sentido mujer en un cuerpo de hombre desde que tuvo memoria, vio sometido su matrimonio a enormes presiones fruto de los traumas vividos durante la época del nacionalsocialismo, siendo su cónyuge la única persona que había conseguido romper la soledad interior en que se había visto confinado a raíz de ello y compartido su sufrimiento moral.

⁴ Téngase en cuenta que, hasta este caso, los autores que han venido sosteniendo en general la irrelevancia de la transexualidad respecto de la posible verificación de un *Verfassungswandel* en el concepto constitucional de matrimonio hacia su apertura a parejas homosexuales han argüido que precisamente la Ley de Transexualidad al reconocer plenos efectos a la reasignación de sexo, cancela toda significación de la pertenencia *precedente*, esto es, la cromosómica, a los efectos de contraer matrimonio, pues dichas personas sólo podrán casarse con personas del otro sexo, de modo que en la casuística de la Ley de Transexualidad sólo eran posibles matrimonios entre hombre y mujer y así, en lugar de contradecir dicha ley la heterosexualidad como característica estructural del matrimonio incluso la vendría a confirmar. Por todos, véase Gerhard Robbers: «Artikel 6 GG», en Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein

matrimonio se ha transformado en una unidad de convivencia homosexual en la que ni desde el punto de vista íntimo espiritual ni del social se ha producido el más mínimo deterioro. En ese contexto, un divorcio impuesto por la ley para acceder a sus beneficios representaría una lesión inaceptable e insoportablemente estresante de sus sentimientos más íntimos, aparejando que desde el Derecho se obligue a tratar a una comunidad de vida experimentada en cuanto un valor inestimable como un matrimonio fracasado y liquidado por divorcio.

2. UNA SOLUCIÓN COMPLEJA PARA UN SUPUESTO AL LÍMITE: LA LABOR DE PONDERACIÓN POR EL TCF EN ORDEN AL AMPARO CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO DEVENIDO HOMOSEXUAL POR CAUSA DE TRANSEXUALIDAD

Para el TCF, en el caso que se le plantea, los intereses que colisionan en el contexto propio del caso, el de la protección constitucional del matrimonio, se encuentran *todos ellos* dentro del ámbito de protección del mismo derecho fundamental. Así, según el Alto Tribunal, el art. 6.1 de la Ley Fundamental [en adelante, LFB] protege tanto al matrimonio como instituto jurídico, a cuyo contenido pertenece el que, en cuanto tal, une a hombre y mujer en una comunidad de vida, «como también a los matrimonios ya contraídos y a los mismos cónyuges *respecto de la libertad de configuración de su vida conyugal y respecto del interés en la permanencia de su matrimonio*». ⁵

Es a esta específica constatación a la que el TCF anuda la categórica afirmación de que el propósito de mantener al matrimonio como instituto según su configuración tradicional («*tradierte Gestalt*»), reservándola así a parejas de distinto sexo, constitucionalmente

«no resulta ni de mayor ni de menor peso que la protección de la confianza de la pareja en que mediante el matrimonio ingresan en una comunidad de [mutua] responsabilidad, que está llamada a durar y que no debe ser susceptible de verse disuelta por el Estado contra la voluntad de los cónyuges.» ⁶

De este modo, para el Alto Tribunal el interés del legislador en la conservación del instituto del matrimonio como unión de hombre y mujer no tiene por principio que retroceder ante «el interés de una pareja *del mismo sexo* en la conservación de su matrimonio, de la misma manera que el legislador no puede

y Christian Starck (eds.): *Kommentar zum Grundgesetz*, Vahlen Verlag, Múnich, 2005 (de la 5.ª ed.), vol. I, pp. 671-795 (núm. marg. 46).

⁵ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 63.

⁶ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 63.

prescindir sin más del interés de una pareja matrimonial en el mantenimiento de su matrimonio ya existente». ⁷

Para el TCF resultará, pues, decisivo el que respecto de una específica constelación de relaciones vividas en el caso concreto e insustituibles puedan las mismas verse abocadas deliberadamente por el legislador a una crisis sentida como existencial por los cónyuges a los que se les obligase a divorciarse, pues en el caso elevado a su consideración los afectados alegan el carácter permanente de su matrimonio, esto es, reclaman el reconocimiento «de la promesa de matrimonio personal, que afecta a su propia identidad, que para ellos continúa válida sin variación y que es sentida por ellos como irrevocablemente vinculante». ⁸

En el caso concreto, pues, el Tribunal Constitucional alemán atiende decisivamente a la prioridad del ulterior curso del destino de una pareja que precisamente ya había recorrido un común camino vital, estando en juego por tanto consecuencias de dimensiones subjetivo-existenciales clave para la pareja del mismo sexo concernida por el actuar estatal.

Naturalmente, la consciencia por parte del Alto Tribunal de las implicaciones de su juicio apareja que la Sentencia se preocupe de incorporar simultáneamente la precaución explícita de que, dadas las particulares circunstancias del caso, la solución aportada al caso concreto, en los términos vistos, «sólo afectaría marginalmente» a la relevancia de la —en sus propias palabras— «fuerza acuñadora» del principio de la heterosexualidad del matrimonio.

A ese objeto, el Alto tribunal acude, ciertamente sin complejos, a un expediente *aritmético*, pues, según arguye,

«en los casos de que aquí se habla se trata únicamente de un reducido número de transexuales que, habiendo contraído matrimonio primero como hombre y mujer, descubren o revelan ya existente el matrimonio su transexualidad y, sin embargo, no se destruye la relación de pareja como consecuencia de tan profunda transformación.» ⁹

Resulta, a este propósito, muy significativo el examen que el propio Tribunal decide emprender respecto de las posibilidades que tiene abiertas ante sí el legislador a los efectos de la necesaria modificación de la Ley para atender a las exigencias dimanantes de su fallo. Así, el Alto Tribunal constata que si *pro futuro* el Legislador, en aras de la protección del instituto del matrimonio como pareja heterosexual, decidiese perseverar en no permitir que permanezcan en matrimonio aquellas parejas en las que por causa del reconocimiento del cambio de atribución de sexo del cónyuge transexual se arribe a una homosexualidad de las mismas según el Derecho relativo a la condición personal, será dueño de hacerlo, pues dicho propósito estaría en consonancia con la previsión del artículo 6.I LFB, al menos en su dimensión de garantía de instituto.

⁷ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 63 (cursiva no presente en el original).

⁸ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 64.

⁹ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 64.

Pero caso de transitar por dicha opción legislativa, el legislador –advierte inmediatamente el Alto Tribunal– deberá «preocuparse de que el hasta entonces matrimonio del transexual en todo caso pueda mantenerse como comunidad de mutua responsabilidad jurídicamente asegurada». ¹⁰ Esto para el Tribunal significaría muy específicamente que si mediante la intervención quirúrgica de cambio de sexo y el reconocimiento para el transexual concernido del cambio de sexo a efectos del régimen jurídico de la condición personal viera éste mutado su matrimonio en uno homosexual, ya no podría reclamar que fuera considerada como comunidad de vida de *hombre y mujer*. Lo relevante es que, sin embargo, para el Alto Tribunal,

«La protección que ese [matrimonio homosexual] sigue teniendo por virtud del art. 6.I LFB, se referirá ahora a la comunidad de responsabilidad asumida con el matrimonio *con todos sus derechos y deberes* a ella aparejados. La confianza de los cónyuges en el mantenimiento de esa comunidad continúa estando protegida. En esa medida, es posible ciertamente negársele el continuar como matrimonio, pero no como comunidad de responsabilidad. Dar término a la misma y, con ello, privar a los cónyuges de los derechos nacidos del matrimonio es respecto de los cónyuges desmesurado.» ¹¹

El Alto Tribunal, en cualquier caso, deja libertad al legislador en orden a cómo deba proveerse a la garantía de que la comunidad de mutua responsabilidad del transexual casado con respecto de su cónyuge tenga continuidad sin extinción, barajando el propio tribunal la hipótesis de que el legislador pudiera reconducir dicha comunidad mutua de responsabilidad, producido el reconocimiento por el Derecho regulador de la condición personal del correspondiente cambio de la asignación de sexo del transexual, a una unión civil de personas homosexuales (*«eingetragene Lebenspartnerschaft»*), «pero debiendo en ese caso de cuidar por que los derechos adquiridos y los deberes asumidos por la pareja por virtud del matrimonio permanezcan inalterados». ¹²

No obstante lo anterior, el propio Tribunal, insistiendo nuevamente en la constatación fáctica del reducido número de transexuales casados concernibles, faculta al legislador para que éste incluso pueda decidirse directamente por «franquear la posibilidad del reconocimiento jurídico a favor de los transexuales casados de su reasignación de sexo *con simultánea continuidad de su matrimonio*», limitándose, a ese efecto, a la mera derogación del párrafo 8, párr. 1.º de la *Transsexuellengesetz*. ¹³

Por esta Sentencia del TCF se consuma, pues, netamente la colocación por primera vez para este complejo de cuestiones en el lugar de elemento central de la argumentación la constatación de la íntegra predicabilidad también respecto de

¹⁰ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 69: «Er muss dabei aber Sorge tragen, dass die bisherige Ehe des Transsexuellen jedenfalls al rechtlich gesicherte Verantwortungsgemeinschaft fortbestehen kann».

¹¹ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 70.

¹² BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 71.

¹³ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 72.

parejas del mismo sexo unidas matrimonialmente de la concurrencia del componente esencial, y por ello determinante para la resolución favorable al demandante del caso, de la «mutua comunidad de responsabilidad» —«*Verantwortungsgemeinschaft*»—, siendo que esa misma «comunidad de responsabilidad» resulta ser eje de la imagen misma constitucional de familia protegida en la Ley Fundamental.

En efecto, a diferencia de otras formas de unión o asociación dirigidas por lo general a objetivos concretos, y de forma igualmente diferente respecto a otras comunidades de intereses, a menudo con duración preestablecidamente determinada, el matrimonio y la familia presentan una responsabilidad de y entre sus miembros de muy extenso alcance y con dimensión de (per)duración, que abarcaría desde el sobreentendido apoyo en las cuestiones de la vida cotidiana hasta el auxilio extraordinario en las situaciones de necesidad, vivenciada además, desde la propia fuerza vinculante internalizada característica de las relaciones de parentesco y matrimoniales, por lo general como voluntaria, requiriendo ser exigida jurídicamente sólo con carácter excepcional.¹⁴

3. UN EJERCICIO DE RETROSPECTIVA: LA GARANTÍA DE INSTITUTO MATRIMONIAL DEL HOMBRE Y PADRE COMO CHEF DE LA FAMILIE EN LA TEMPRANA DISPUTA DOCTRINAL ACERCA DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MATRIMONIO EN LA LEY FUNDAMENTAL

Un ejercicio revelador de las dinámicas que pueden desplegarse desde la aplicación de la figura de la garantía de instituto al conjunto de cuestiones que se suscita en esta nueva Sentencia del TCF acerca de la extensión de la protección constitucional también para el matrimonio entre personas del mismo sexo, es el que se deriva del examen retrospectivo que del recurso a la misma se hizo en el intenso debate jurídico que en los primeros años de vida de la LFB afrontó la para entonces perentoria renovación del Derecho de familia alemán. En efecto, resulta llamativo que ya vigente el nuevo marco de la Constitución de Bonn aún hubiera, y justamente entre los más relevantes civilistas alemanes, quienes sostuviesen

¹⁴ Sobre la centralidad de esta dimensión de matrimonio y la familia como mutua «comunidad de responsabilidad», véase, entre la más reciente literatura, Christian Seiler: *Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008, pp. 15 y ss. A propósito de la recurrente presencia de la noción de *Verantwortungsgemeinschaft* también como eje central de la identificación por el Estado de la concurrencia de un interés público constitucionalmente irreprochable en el reconocimiento legal de la figura de las uniones civiles de personas homosexuales (la concreta figura de la «eingetragene Lebenspartnerschaft»), véase, *in extenso*, Meinhard Forkert: *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003, p. 36; y Gerhard Robbers: «Eingetragene Lebenspartnerschaften», *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 779-786 (en p. 783), para quien la estabilización de dichas formas de convivencia constituye un «fin constitucionalmente legítimo».

explícitamente, como hacía de manera sobresaliente Bosch ¹⁵ que «en tanto en cuanto permanezcamos sobre este suelo –y así lo atestigua el artículo 6 LFB– el varón y padre es *chef de la famille*». Para dicho autor habría que mantenerse en dicha jerarquía «habida cuenta de que con la aludida previsión [el artículo 6 LFB] habría asumido la labor de proteger el matrimonio en su configuración» más propia.

En otras palabras, con ese expediente se le procuraba una holgada brecha de ingreso en el Derecho positivo, mediante la garantía de instituto del art. 6 LFB, a la imagen católica de las instituciones familiar y matrimonial. De dicho modo, la dimensión protectora del art. 6 LFB sólo debería proyectarse sobre la forma de matrimonio y familia «tal y como hasta el presente han sido entendidas entre nosotros», con lo que se quería hacer referencia al matrimonio patriarcal con definida estructura jerárquica. Por eso mismo habría de recalcar Bosch adicionalmente el «carácter propio de dichas instituciones», esto es, autorreferencial, toda vez que para dicho autor éstas existen por sí mismas «desprendidas de las concepciones liberal-burguesas» como pudieran serlo las de la «configuración de derechos subjetivos de los respectivos miembros de la familia singularmente considerados» o la propia «igualdad del hombre y la mujer». ¹⁶

Esencial en este proceder resulta, complementariamente, la colocación del acento que autores como el citado sitúan en la identificación en este contexto de una neta jerarquía de rango entre derechos fundamentales, de suerte que restase así relativizado el alcance del art. 3.2 LFB. Así, para Bosch

«La protección garantizada por el art. 6 LFB al matrimonio y a la familia es más importante que la ejecución de una igualdad matemática de los sexos; antes bien la concepción protectora que incorpora el art. 6 es sólo la de conservar íntegra en la ley una ordenación inherente a lo familiar.» ¹⁷

Un enfoque éste compartido por más autores, entre los que destaca, tanto por su gran relevancia doctrinal como por su contundencia al respecto, Beitzke, cuando esgrime asimismo la necesaria interpretación del artículo consagrador de la igualdad entre hombre y mujer a la luz de los requerimientos del art. 6 LFB para el fin de subrayar que la igualdad de derechos entre hombre y mujer debiera finalizar allí donde aquella supusiera un peligro para matrimonio y familia como instituciones. En concreto, este autor contemplará en el mantenimiento del derecho de decisión del marido la única forma de rescatar al matrimonio en su

¹⁵ Sobre la significación clave de la figura de Friedrich Wilhelm Bosch para la civilística alemana tras la postguerra resulta testimonio eminente el mismo hecho de haber sido el fundador, en 1953, de la principal revista de la disciplina, la *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*.

¹⁶ Friedrich Wilhelm Bosch: *Grundsätzliche Auseinandersetzung um die Rechtsordnung in Ehe und Familie. Vier Aufsätze*, Deutsche Tagespost, Ratisbona, 1952, p. 18.

¹⁷ Friedrich Wilhelm Bosch: *Familienrechtsreform (Eheschliessung, Ehescheidung, Gleichberechtigung von Mann und Frau, Recht des unehelichen Kindes)*, Reckinger Verlag, Siegburg, 1952, p. 60.

forma tradicional. Así, en sus propias palabras, señalará este autor que «a mi juicio no se puede esgrimir reproche alguno de incurrir en abuso de Constitución si en el marco del art. 3 LFB se sigue postulando un derecho de decisión [del marido] limitado». ¹⁸

La capacidad de arrastre de estas posiciones más allá de la propia civilística se verificaría, además, muy pronto. Así, resulta llamativo que el propio Bosch ofreciese la tribuna de la que se convertiría pronto en la principal revista civilística alemana, fundada por él mismo, ¹⁹ para que en su primer número (1954) el artículo de apertura fuera precisamente una contribución aportada por un constitucionalista sobre el mismo orden de cuestiones. Y éste no sería otro que el propio Günter Dürig, quien en un estudio con el significativo título de «El artículo 3 LFB examinado desde un punto de vista jurídico-constitucional» se alinearía netamente con Bosch al abogar en sus contenidos por el respeto de la imagen cristiana del matrimonio en el contexto de la civilización occidental, siendo que también para este autor «el título que le corresponde precisamente al hombre respecto de la facultad de última decisión» en el ámbito matrimonial constituiría un «elemento predeterminado» («Vorgegebenheit») que emanaría tanto de valoraciones históricas como religiosas; para lo cual Dürig, de la misma manera que Bosch, argumentará desde la garantía de instituto del art. 6 LFB respecto de una familia que, en cuanto «comunidad» («Gemeinschaft»), precisa de una autoridad para el mantenimiento de su unidad. ²⁰

Civilistas e incluso iuspublicistas de primerísimo rango en la época del arranque de la ciencia del Derecho alemana en el marco de la nueva Constitución se situarán, pues, visiblemente y de esta forma concreta, con el recurso a la proyección de la garantía de instituto en el contexto del art. 6 LFB tanto desde el

¹⁸ Günther Beitzke: «Gleichberechtigung und Familienrechtsreform», *Juristen Zeitung*, 1952, p. 746.

¹⁹ Publicada originariamente con el programático nombre de «Matrimonio y familia en el Derecho privado y público» («Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht») y más tarde (1962) rebautizada como *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, su denominación actual. Véase nota al pie n° 15.

²⁰ Günter Dürig: «Art. 3 ii GG –vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1954, pp. 2-5 (en p. 4). La importancia de este alineamiento doctrinal es difícil de minusvalorar si se atiende a la circunstancia de que el comentario a la Constitución que durante décadas ocuparía un lugar central en la iuspublicística alemana, el comúnmente conocido como *Maunz/Dürig Grundgesetzkomentar*, incorporaba a Dürig, además de como coeditor científico, como comentarista específicamente del mismo art. 3 de la LFB. Para la contextualización de este autor y del mismo *Grundgesetzkomentar* en la dinámica de escuelas del Derecho público alemán a partir de la segunda postguerra, véase el exhaustivo estudio de Frieder Günther: *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration. 1949-1970*, Oldenbourg Verlag, Múnich, 2004. Ceñido a la situación en los años cincuenta, véase también Michael Stolleis: «Die Staatsrechtslehre der fünfziger Jahre», en VV.AA.: *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berliner Wissenschaft-Verlag, Berlín, 2005, pp. 293-300.

punto de vista de la argumentación como en orden a los contenidos, y de pleno, en la tradición de la Iglesia católica.²¹

Y es que de forma aún más explícita que en su producción doctrinal civilista, Bosch rechazará categóricamente en otros lugares menos académicos pero también por escrito, el «clamor por la absoluta igualdad» propugnando en su lugar «una solución *orgánica*, no una revolución, sino un nuevo *orden* —un orden legal acorde con el inveterado Derecho natural confirmado por Cristo y que tanto San Pablo [...] como la doctrina de la Iglesia han sentado repetidamente—. Así que para Bosch, al límite, las demandas en pos de la completa igualdad no eran «más que pura herejía»: ²² la materialización de la igualdad en el seno de la familia y el matrimonio representaba pues claramente no sólo un problema jurídico sino también uno teológico para nuestro civilista. Así, para Bosch, potencialmente resultaba más importante en su momento histórico arbitrar medidas en orden a la reintegración de la familia alemana en la comunidad «occidental cristiana» que las mismas negociaciones gubernamentales de reintegración política y militar de la Alemania occidental de aquel tiempo en el Occidente aliado, siendo, según Bosch, que dicho proyecto tenía el pleno soporte silencioso de la «mayoría de hombres y mujeres alemanes, que rechazan el que se pueda acometer mediante normas legales la puesta en riesgo o incluso la destrucción del matrimonio y la familia».²³

Metodológicamente se situaba así la argumentación operante desde la garantía de instituto en muy estrecho contacto con el argumento del Derecho natural, tomándose como punto de partida elementos previos de condición *suprapositiva* que pasaban a ser entendidas por dichos autores sin solución de continuidad como «Derecho». El recurso al art. 6 LFB presentaba en este contexto y sentido riesgos comunes con dichas aproximaciones, en tanto en cuanto que, a falta de puntos de asimiento comprobables para lo que concierne al contenido último material de la norma jurídica, el «instituto» podía ser rellenado a capricho con las más diversas interpretaciones de qué debieran ser «matrimonio»

²¹ Para el contexto más amplio de las políticas legislativas en materia de matrimonio y familia en la segunda postguerra de la Alemania occidental destaca la contribución de Robert G. Moeller: *Protecting Motherhood. Women and the Family in the Politics of Postwar West Germany*, University of California Press, Berkeley, 1993, *passim*. y específicamente el Cap. III («Legislating Women's Place», pp. 77 y ss.).]

²² Carta a María Hagemeyer, 17 de septiembre de 1951 (citada por Robert G. Moeller: *Protecting Motherhood...*, cit., p. 95 (las cursivas no pertenecen al original). Los ecos de las *Ordnungsvorstellungen* schmittianas en este pasaje son manifiestas. Vid. Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934, p. 20 y ss. (23, 63).

²³ Friedrich Wilhelm Bosch: «Zum Stand der Erörterungen über eine Familienrechtsreform», *Deutsche Tagespost* de 29 de diciembre de 1952. Dado este alineamiento de estos autores, no es casual que en el monumental *Staatslexikon* editado asimismo en los años cincuenta por la católica Görres-Gesellschaft, si se consulta la voz «igualdad de los sexos», la única remisión bibliográfica que se recoja sea a una contribución de Beitzke: Walther J. Habscheid: «Die Gleichberechtigung der Geschlechter» en Görres-Gesellschaft (eds.): *Staatslexikon*, T. III, Herder Verlag, Friburgo, 1959 (de la 6.ª ed.), columnas 974-978.

y «familia» como si aquél fuera un recipiente, desde el cual, pivotando sobre el «argumento institucional», operar la crítica a la labor del legislador en amplitud.

Así pues, en plena reconstrucción de la civilística e iuspublicística alemanas dentro del marco de la nueva Constitución democrática, ambas articularon no desde la periferia sino desde la obra de sus figuras más señeras y de forma manifiesta el carácter antiindividualista, antipositivista y, con ello, al límite incluso antiparlamentario del pensamiento institucional; muy específicamente porque dichos autores pretendían enderezar la orientación de la dimensión protectora del «instituto» del matrimonio y de la familia en provecho de sus fines específicos, intentando, en el sentido visto, «corregir» el contenido mismo del art. 3 LFB desde la perspectiva del art. 6, al objeto de imponer sus concepciones sobre matrimonio y familia sobre las del propio constituyente. Pues la suposición de que la igualdad entre hombre y mujer debiera implicar la destrucción de la «institución» del matrimonio, algo por tanto a evitar, desembocaba en estos autores regularmente en la postulación de una ordenación de rango entre preceptos constitucionales que, en realidad, no puede considerarse *sistemáticamente* inmanente a la ubicación respectiva de ambos artículos.

4. UN DISCRETO RETROCESO DE LA ARGUMENTACIÓN DESDE LA GARANTÍA DE INSTITUTO PARA PROPICIAR LA SOLUCIÓN DEL CASO DIFÍCIL

Contrastados los tempranos debates doctrinales de los primeros años cincuenta acerca de la proyección de la garantía de instituto en orden a la determinación del concepto constitucional de matrimonio con el camino recorrido hasta el presente se ha verificado, como se ve, un sensible recorte de contenidos de la misma. A esa acción de recortar contenidos le añade ahora esta reciente sentencia del TCF una reconocible variación en la forma de aproximarse al tratamiento jurisprudencial de las cuestiones que suscita la pareja homosexual ante el matrimonio, pues de manera inédita hasta este mismo pronunciamiento, centra la interpretación de la norma constitucional en el contexto del resto de las previsiones constitucionales; esto es, transita la reconducción de la cuestión al plano por el que «en la interpretación de la Ley Fundamental debe partirse de la armonía interna de la obra constitucional», ²⁴ de manera que los concretos artículos de la Constitución deban ser interpretados de tal forma «que puedan estar en concordancia con los principios elementales de la Ley Fundamental, particularmente con los derechos fundamentales, y su orden de valores». ²⁵

Si se parte de este entendimiento de la labor interpretativa, se franquea una diferente operativa para el Alto Tribunal, desde la que en la tarea de la interpretación del concepto constitucional de matrimonio el juez de la

²⁴ BVerfGE 6, 309 (361).

²⁵ BVerfGE 19, 206 (220).

constitucionalidad no sólo se limita al método histórico, gramatical, al entendimiento tradicional o al presente en la sociedad del momento, sino que recurre necesariamente a los restantes métodos de interpretación antes de llegar a un resultado interpretativo en el que, eventualmente, pueda comparecer una contradicción entre preceptos tal que aparezca como ineludible proveer solución para el caso concreto mediante operaciones de ponderación. Evidentemente, la concreción al caso presente de las exigencias dimanantes del principio interpretativo de la unidad de la Constitución traen al primer plano del juez constitucional en la tarea de interpretación los principios fundamentales incorporados por los arts. 1, 2 y 3 de la LFB, esto es, tanto la dignidad humana, como el respecto a la personalidad del individuo y la igualdad de todos los seres humanos, apareciendo todos ellos como elementos que deben guiar la interpretación del art. 6 LFB. Que en este contexto, si comparece la opción entre interpretar un concepto recogido en la Constitución tal y como había venido siendo reconocido *tradicionalmente* o en su obligada concordancia con los restantes preceptos constitucionales entre los que aparece incardinado, debe resultar difícilmente cuestionable que hay que otorgar preferencia a lo segundo.²⁶

Quizás fuera diferente la situación a abordar jurídicamente si la Ley Fundamental hablase en relación al matrimonio expresamente como tal «entre hombre y mujer», pero precisamente el hecho de que no sea así el caso no sólo posibilita la interpretación del concepto constitucional de matrimonio sino que *la exige* y simultáneamente la pone, desde las exigencias propias del método de la interpretación constitucional, necesariamente bajo el por lo demás común entendimiento que de ésta propugna el propio Alto Tribunal cuando afirma, en su jurisprudencia más consolidada a ese propósito, que

«Un concreto precepto constitucional no puede ser considerado aisladamente y ser así interpretado sólo desde sí mismo. El precepto se halla en conexión de sentido con los restantes preceptos de la Constitución, que representa una unidad interna. De ese contenido integral de la Constitución resultan determinados principios constitucionales y decisiones fundamentales, respecto de los que los concretos preceptos constitucionales se encuentran subordinados.»²⁷

La asunción de estas pautas interpretativas por el Tribunal Constitucional al sancionar la constitucionalidad del matrimonio devenido homosexual por causa de la transexualidad de uno de los cónyuges resulta transparente desde el momento en que, en efecto, el Alto Tribunal opera de manera consecuente dicha necesaria conexión de sentido entre la esfera de contenidos amparados por el art. 6 LFB y la dimensión constitucional protectora de la esfera vital personal del individuo, a la que hace pertenecer expresamente el ámbito de la sexualidad como integrador

²⁶ Así de taxativo en el específico contexto de la problemática del matrimonio homosexual, Kai Möller: «Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2005, pp. 64-71 (en p. 67).

²⁷ BVerfGE I, 14 (32).

tanto de la autodeterminación sexual del ser humano («sexuelle Selbstbestimmung») como la propia orientación sexual, deduciéndose de esa puesta en conexión de sentido²⁸ la acostumbrada exigencia de que para operar una injerencia en una esfera que pertenece al más íntimo ámbito de la personalidad deba comparecer inexcusablemente un singular interés público.²⁹

Con esto, el Tribunal adentra inmediatamente la cuestión a él sometida en las más estrictas coordenadas del juicio constitucional típico de proporcionalidad, pues si, en los términos arriba reseñados, de la interacción entre los arts. 2 y 1.1 LFB dimana un *derecho* al reconocimiento de la identidad sexual autodeterminada, se hace preciso examinar si la introducción por el legislador de la obligación en específico pesante sobre el transexual casado de la obligación de divorciarse como condición necesaria para obtener el reconocimiento legal del cambio de asignación sexual, al constituir una limitación sustancial, sea admisible; admisibilidad que únicamente concurrirá «si la limitación esta justificada por un fin legítimo y resulta proporcionada».³⁰

Es manifiesto que con la regulación cuestionada en el caso, el legislador ha asumido conscientemente la producción por la ley de una restricción del legítimo título para el reconocimiento por el Derecho que regula la condición personal de la identidad sexual autodeterminada en los supuestos del transexual previamente casado, al que se le deniega de manera duradera el reconocimiento jurídico de su pertenencia al sexo sentido y de verificada transformación quirúrgica, a menos que esté dispuesto a provocar el divorcio de su matrimonio. Así configurada como una limitación que afecta a un derecho anclado en el más íntimo ámbito de la personalidad, como es el derecho al reconocimiento de la identidad sexualmente autodeterminada y, en cuanto tal, arraigado en la propia *dignidad humana*, habrá de probarse específicamente, según argumenta el Alto Tribunal, la comparencia en dicha limitación del fin legítimo y, adicionalmente, dotarse de una configuración correspondiente a las exigencias de la proporcionalidad.

En tanto en cuanto el Alto Tribunal, desde luego, aún no se aparta en esta Sentencia de su interpretación del concepto constitucional de matrimonio como «unión de un hombre con una mujer en una comunidad de vida con vocación de permanencia», constata inmediatamente desde ello que, en efecto, concurriría un propósito legítimo por parte del legislador cuando éste con el precepto cuestionado pretenda impedir que mediante el reconocimiento jurídico del cambio

²⁸ La extraordinaria productividad de la cláusula de interpretación del «*in Verbindung mit*» preside ya desde muy tempranamente la argumentación del TCF acerca de la perfilación del «*allgemeine Persönlichkeitsrecht*» del art. 1.1 «en conexión con» el art. 2.1 LFB. Sobre el alcance de esta cláusula en la labor de interpretación y concreción de la Constitución, ampliando y completando el catálogo de derechos fundamentales, véase el estudio específico de Monika Meinke: *In Verbindung mit. Die Verbindung von Grundrechten miteinander und mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Dunker und Humblot, Berlín, 2006.

²⁹ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 37.

³⁰ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 40.

de sexo por parte del transexual casado puedan surgir matrimonios en que los cónyuges también *jurídicamente* pertenezcan al mismo sexo.

Pero la identificación del fin legítimo así operada por el Tribunal por primera vez no le va a impedir que de la aplicación del patrón típico del juicio de proporcionalidad extraiga para el caso que se le plantea la constatación de que la exigencia de divorcio resulte atentatoria al principio de *proporcionalidad en sentido estricto*. Y es que en el supuesto enjuiciado al casado transexual se le aboca a un profundo conflicto interno, puesto que se le coloca ante una alternativa que, con independencia de cómo se resuelva, le violentará a renunciar a algo que resulta existencial para su vida. Así, con la exigencia legal de la no concurrencia de matrimonio se le anuda al reconocimiento jurídico del cambio de pertenencia sexual un requisito que para el caso que se juzga del transexual ya casado, que vivencia ya una relación de pareja, sólo puede ser cumplido, según declara el Tribunal, «con la asunción de cargas irrazonables». ³¹ Ello es así particularmente porque en la regulación alemana del divorcio es prerrequisito el fracaso, la ruptura matrimonial; fracaso que concurre cuando la *comunidad de vida matrimonial* ha dejado de existir y no sea razonable esperar que los cónyuges consigan restituirla.

Así las cosas, los cónyuges deben aportar la voluntad de separarse duraderamente y esto es precisamente lo que no es en absoluto el caso del transexual que lo que justamente quiera sea asirse a la convivencia de pareja que ya tiene jurídicamente garantizada en cuanto matrimonio, pues es palmario que, en el caso, compareciendo una más que *concluyente ausencia de fracaso de la comunidad de vida* se le impide al transexual alcanzar el reconocimiento de su cambio de asignación de sexo, a menos que, paradójicamente, recurra al expediente del finjimiento, en el curso del procedimiento de divorcio *ad hoc*, de una ruptura duraderamente querida con el cónyuge. ³² La inexigibilidad e irrazonabilidad de ambos escenarios no puede ser más estridente, pues, en ambos extremos de la paradoja, o bien el transexual se ve impedido de acceder a los beneficios que franquea el reconocimiento de su sexo sentido y cambiado, o se le compele a esgrimir ante los tribunales hechos contrarios a verdad para que le sea practicable llegar a obtenerlos.

³¹ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 54: «Inkaufnahme unzumutbarer Belastungen».

La estudiada asignación por el Tribunal a este paso argumental del *terminus technicus* «Unzumutbarkeit» sitúa derechamente la ponderación que aquí se materializa en el ámbito del debate sobre la relación/delimitación entre las nociones de *Zumutbarkeit* —aquí en el significado de que a alguien le pueda ser razonablemente exigido un comportamiento dado— y *Verhältnismässigkeit*. Al respecto, véase Rüdiger Konradin Albrecht: *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Duncker und Humblot, Berlín, 1995.

³² Para mayor paradoja, los *transgender* vinculados en el contexto de la unión civil para homosexuales sí poseerían el derecho de hacerse reconocer su reasignación de sexo sin tener que aportar acreditación alguna de previa disolución de su unión homosexual que pudiera dejar así de serlo por transexualidad sobrevenida.

5. LA SENTENCIA DEL TCF DE 25.05.2008 ¿UN EMBRIÓN PARA EL FUTURO RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO COMO COMPANIONATE MARRIAGE ABIERTO A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES?

Aunque sea en un caso límite, lo cierto es que por primera vez el Tribunal Constitucional alemán ha declarado abiertamente la no caducidad de la *íntegra* protección constitucional dimanante del matrimonio que consagra el art. 6 de la Ley Fundamental aun cuando el cónyuge transexual durante el matrimonio y mediante intervención quirúrgica adapte sus caracteres sexuales al sexo por él sentido, de forma que, con ello, «el matrimonio tanto en lo fáctico como por lo que respecta a la imagen externa sea sostenido por dos miembros del mismo sexo».³³

Ello no empece, como se ha visto, para que el Alto Tribunal siga constatando en la pareja casada cuyos integrantes son ambos del mismo sexo esa «duradera comunidad de vida y responsabilidad de dos cónyuges que en cuanto tal no puede ser excluida de la protección con rango de derecho fundamental del artículo 6 LFB». Aunque se materialice plenamente la coincidencia de sexo de ambos cónyuges, para el Tribunal lo relevante es justamente que se constate «la voluntad de ambos miembros de la pareja matrimonial en continuar la existente comunidad de vida y responsabilidad», que no «exista renuncia a la protección de dicho matrimonio», declarando inconstitucional que deba entenderse producida dicha renuncia por el mero hecho de que el transexual casado tenga la pretensión legítima de obtener su derecho a ser, también jurídicamente, atribuido al sexo que de acuerdo con su más íntima constitución física y psíquica pertenece, tal y como le garantizan asimismo con rango constitucional los arts. 2.1 y 1.1 de la LFB según su declarada conexión de sentido para el Alto Tribunal.

El otorgamiento, pues, por parte del Tribunal Constitucional de la centralidad examinada a la definición del matrimonio amparable constitucionalmente como tal «duradera comunidad de vida y responsabilidad de dos cónyuges» incluso cuando ambos cónyuges sean del mismo sexo implica materialmente –aun con toda la excepcionalidad que se quiera propia del sin duda peculiar caso sometido a su examen–, la apertura al progresivamente acelerado decantamiento que la evolución histórica del matrimonio en el conjunto de los países occidentales ha experimentado, abocando dicha trayectoria del mismo a un todavía reciente, en términos de comparación histórica, entendimiento del fenómeno matrimonial que en el ámbito anglosajón ha venido recibiendo la denominación propia de *companionate marriage*, esto es, aquel matrimonio del que ya ha desaparecido íntegramente la sin embargo antes considerada como consustancial posición eminente del marido sobre la mujer, en cuyo seno se

³³ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 59.

materializa la plena igualdad de los cónyuges y que provee un común marco de estabilidad y mutuo apoyo emocional y económico. En otros términos, un matrimonio que con reconocimiento civil por el Estado sella un «compromiso mutuo, exclusivo e igual de cuidado recíproco entre dos personas».³⁴

Es precisamente dicha dimensión del íntimo «compromiso mutuo, exclusivo e igual de recíproco cuidado entre dos personas» con horizonte de duración al que el TCF en el caso concreto otorga protección constitucional, siendo que a ella le anuda la constatación de que incluso la composición homosexual del matrimonio en el supuesto sometido a examen del Alto Tribunal en nada la enerva respecto de ninguno de sus componentes sino que, bien al contrario, se comprueba el pleno despliegue de dicha dimensión.³⁵ En otros términos, para este caso concreto, y en clave de prospectiva constitucional también para lo por venir, sobre esta base es identificable un interés legítimo del Estado para proteger y promover dichas uniones de mutuo apoyo, también en cuanto matrimonios.

Que en el caso examinado por el Alto Tribunal el transexual que pasa a integrar dentro de su matrimonio con la culminación de su cambio de sexo una unión matrimonial homosexual desee mantenerse en la misma como matrimonio y reivindique ese mantenimiento en sede jurisdiccional, obteniéndolo además finalmente, sólo es entendible si se considera que desde que el matrimonio en

³⁴ Así, por todos, en la literatura más reciente puede verse Kenneth Henley: «The Cheshire Cat: Same-Sex Marriage, Religion, and Coercion by Exclusion», en David A. Reidy y Walter J. Riker (eds.): *Coercion and the State*, Springer Verlag, Dordrecht, 2008, pp. 129-143 (en p. 143: «Civil marriage seals the exclusive, mutual, equal commitment of care between the two persons»). En extenso sobre esta definición esencial del matrimonio como «decent commitment to be there» véase el examen que provee Jonathan Rauch: *Gay Marriage: Why It Is Good for Gays, Good for Straights, and Good for America*, Times Books, Nueva York, 2004, *passim* (p. 26). Sobre el largo proceso de gestación en el ámbito anglosajón del «companionate ideal» de matrimonio en cuanto «an ideal of companionship in marriage which promised a loving partnership of equals» resulta particularmente valioso el exhaustivo estudio de *Begriffsgeschichte* que aporta Anya Jabour: *Marriage in the Early Republic: Elizabeth and William Wirt and the Companionate Ideal. Gender Relations in the American Experience*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1998 (el pasaje citado en p. 6).

³⁵ Al llegar a esta constatación, el TCF alemán ha materializado un recorrido hasta llegar a lo que Wintemute califica como la fase de los «love rights». Según este autor, el desarrollo de los derechos humanos en este contexto habría ido superando etapas desde lo que denomina la fase inicial de «basic rights», pasando por la del reconocimiento de «sex rights» y arribando a la del despliegue de los «love rights»; fase esta última en que «la sociedad reconoce que hay más cosas en la vida de las personas LGBT que la búsqueda de placer sexual o la necesidad de cambiar su apariencia física o vestido; que éstas tienen la misma capacidad humana que las personas heterosexuales o las no transexuales para enamorarse de otra persona, para establecer una relación emocional y física duradera con ella y, potencialmente, para querer criar niños con ellos. Si eligen obrar de esas formas, querrán con frecuencia tener las mismas oportunidades que las personas heterosexuales de ser tratadas como 'pareja', como 'esposos', como 'familia'»: Robert Wintemute: «From 'Sex Rights' to 'Love Rights': Partnership Right as Human Rights», en Nicholas Bamforth (ed.): *Sex Rights: The Oxford Amnesty Lectures 2002*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 186-224 (en p. 191).

Occidente ha perdido los aspectos que, en último análisis, lo aproximaban a una suerte de cuasi-esclavitud o tutelaje parece inevitable que las parejas del mismo sexo ya puedan desear, aspirar y consecuentemente pasen de forma muy activa a reclamar del Estado, con éxito, los beneficios de la institución tan decisivamente transformada.

En efecto, desaparecidos aquellos aspectos rayanos en la cuasi-esclavitud, como eran la (severa) dificultad de poner término a la relación y el conjunto, variable hasta lo exorbitante, de privilegios del marido como cabeza de familia, resultan ya imposibles escenarios como el que supondría que para ingresar en el matrimonio uno de los miembros de la pareja homosexual hubiera, por ejemplo, de prestar necesariamente promesa de obediencia al otro, aceptando así una suerte de relación de dominación-sumisión.

Desde este punto de vista, la exclusión de las parejas del mismo sexo respecto del matrimonio estaba íntimamente relacionada con la *marca* que en Occidente particularmente las concepciones cristianas acerca del matrimonio había dejado en la institución civil del matrimonio, al que aportaron inicialmente *in toto* el discurso religioso de la provisión en el Génesis por Dios de la mujer al hombre como compañera y madre de sus hijos, transmutado en su momento en la con ello coherente determinación legal del hombre casado como cabeza de familia y el establecimiento de su mujer como obediente al marido y madre de los hijos habidos en el matrimonio.

Volatilizados esos elementos de matriz religiosa se hace así pertinente la cuestión de cuál es la justificación *racional* secular para seguir prolongando la exclusión de las parejas del mismo sexo cuando la fundamentación religiosa se ha evaporado. Y ello muy particularmente cuando se ha demostrado que el pretendido desmoronamiento de la institución del matrimonio que de modo tantas veces reiterado esgrimen los defensores de la concepción cristiana del mismo no parece haberse materializado,³⁶ al menos aún no desde luego por prescindir, por ejemplo, de la idea «estructural» del matrimonio para toda la vida, y sí convertido, al no verificarse como pronóstico, en una cuestión *empírica* si la

³⁶ La recurrencia en la ya tópica invocación apocalíptica al desmoronamiento o hundimiento de la institución del matrimonio alcanza hasta la más reciente literatura jurídica sobre esta constelación de cuestiones situada en el entorno católico. Por todos, Ramón García Gómez: «El matrimonio como sexo institucionalizado», en Ángela Figueruelo Burrieza y Francisco J. Gorjón Gómez (eds.): *Las transformaciones del Derecho e Iberoamérica*, Comares, Granada, 2008, pp. 515-538. Este civilista no sólo habla de una «voladura total de la institución matrimonial» (p. 517) en el actual Derecho español sino que la contextualiza en lo que él mismo califica de un entorno de «*totalitarismo* de corte constitucional» (pág. 537, cursiva no presente en el original). En realidad, cuando desde estas aproximaciones algunos autores se erigen en notarios de la «voladura total de la institución matrimonial», al observador externo a las mismas le puede sobrevenir la asociación mental con aquel comportamiento de ciertos municipios sureños que, con el fin de la segregación en los EE.UU, prefirieron directamente clausurar sus piscinas públicas antes que permitir a los afroamericanos compartirlas: Emily R. Gill: «Coercion, Neutrality, and Same-Sex Marriage», en David A. Reidy y Walter J. Riker (eds.): *Coercion and the State*, cit., pp. 115-127 (en p. 124).

remoción de unos u otros elementos verdaderamente haya de significar de manera tan inexorable la destrucción del edificio institucional del matrimonio.³⁷

6. LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR EL TCF A LA PAREJA HOMOSEXUAL CASADA Y EL REEXAMEN A SU LUZ DEL CONTINUUM MATRIMONIO-REPRODUCCIÓN FAMILIAR

Desde luego, con el reconocimiento visto de la protección constitucional dispensada ex art. 6 LFB por parte del TCF en el caso que se le somete a examen y por la que va a cubrirse con su manto a una pareja que podrá permanecer en la institución del matrimonio pese a que, en cuanto homosexual, reconociblemente estará del todo imposibilitada desde el punto de vista biológico de proveer al fin específico de la *reproducción*,³⁸ el Alto Tribunal emancipa sin ambages dicha protección constitucional del matrimonio para el caso que examina de la definición, como es conocido, intensamente focalizada en el componente reproductivo o natalista que preside dichas concepciones cristianas, particularmente las católicas, acerca del matrimonio y de la que ha estado por mucho tiempo imbuida la institución civil del matrimonio.³⁹

Ello es así posible porque el Alto Tribunal, en los términos que se han expuesto más arriba, ha realizado su labor interpretativa del art. 6 LFB desde las exigencias dimanantes de la dimensión de la dignidad humana y los derechos de autodeterminación sexual y a la protección de la personalidad del demandante. Al traer por primera vez, en relación con el concepto constitucional de matrimonio, dichas exigencias al primer plano del examen del alcance de la protección ofrecida desde el art. 6 LFB y hacerlas prevalecer en la resolución del caso concreto, el Alto Tribunal transita una senda hasta este momento para él inédita y que invita en sí misma a evaluar cuáles serán los precipitados específicos a que el Tribunal Constitucional pueda llegar en la siguiente activación que de esta misma operativa de ponderación haya de materializar en una futura Sentencia.

³⁷ Kenneth Henley: «The Cheshire Cat...», cit., p. 136.

³⁸ Recuérdese que el Alto Tribunal aquí ampara los derechos fundamentales en juego de un transexual «de hombre a mujer», con operación quirúrgica de reasignación de sexo, que en su momento había contraído matrimonio con una mujer biológica y que el mismo art. 8 de la *Transsexuellengesetz* prevé deliberadamente en el n° 3 de su apartado primero que es adicional requisito necesario para la determinación por el juez de la reasignación que su solicitante «sea permanentemente incapaz de reproducción» («dauernd fortpflanzungsunfähig»).

³⁹ Este enfoque, particularmente presente en los juristas católicos, tiene una representación particularmente expresiva entre la más reciente literatura civilística en la argumentación del ya referido García Gómez, cuando afirma que la institución del matrimonio tiene un «pilar básico que no es otro que la institucionalización de las relaciones sexuales en cuanto generadoras de descendencia, de donde procede el nexo matrimonio-procreación y el requisito de la heterosexualidad»: Ramón García Gómez: «El matrimonio como sexo institucionalidad», cit., pág. 528 *in fine*.

Así, hasta el presente ha venido constituyendo un argumento capital, o último, contra el reexamen de la interpretación del concepto constitucional de matrimonio la constatación de la ausencia de capacidad para la reproducción biológica en el seno de las parejas del mismo sexo. En un ejercicio de ulterior diferenciación para esquivar los inconvenientes que puedan proceder de la existencia de parejas heterosexuales que al acceder al matrimonio o ya dentro del mismo no puedan ⁴⁰ o no deseen tener descendencia, se ha recurrido a decantar la distinción entre una «general» y una «específica» incapacidad para la reproducción, ⁴¹ para, pivotando en la noción de incapacidad general para la reproducción, ubicar en lugar propicio la postulación de la naturaleza constitucional del interés legítimo del Estado en su propia continuidad restringiendo la institución del matrimonio a las parejas heterosexuales.

A este específico respecto se ha propuesto por algún autor ⁴² el planteamiento del siguiente escenario hipotético para pulsar la verdadera consistencia de las argumentaciones en juego: atendiendo al referido elemento de la capacidad general para la reproducción, podría imaginarse por un momento una situación en que el legislador se decidiese por determinar la exclusión del matrimonio para aquellos casos en que, ciertamente, resultase incontrovertible que del mismo no se pudiese seguir descendencia, estableciendo a ese respecto una barrera cierta desde la que apreciar que las parejas ya no estarían en condiciones biológicas de generar descendencia en términos de la arriba mencionada incapacidad general para la reproducción, por ejemplo, a los cincuenta años y, consecuentemente, vedándoles la institución del matrimonio.

La irrazonabilidad de la exclusión del matrimonio en esos casos resultaría palmaria precisamente por *discriminatoria*, habida cuenta de que en las sociedades actuales el matrimonio ya no representa sólo el lugar de materialización de la reproducción biológica, de generación de familia-prole, sino que más allá de ello es contemplado como una unión que cumple funciones como las de ofrecer una íntima proximidad y seguridad entre los miembros de la misma, las de establecer

⁴⁰ Resulta muy ilustrativo que los sectores doctrinales más críticos con el reconocimiento en el ordenamiento español del matrimonio homosexual se articule abiertamente el reproche retrospectivo de que el legislador civil ya hubiera preparado el camino muy avanzado con un «hito fundamental» para ese resultado final y que no sería otro que la reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981, a partir de la cual la impotencia dejó de ser impedimento para contraer matrimonio civil válido. En coherencia, desde luego, con los planteamientos de estos autores, si antes de 1981 el legislador civil «protegía el matrimonio como una institución ligada ínsitivamente a la cópula carnal y en el que se tutelaba una concepción natural del mismo», a partir de 1981 se verifica la «consagración legal de la escisión entre matrimonio y reproducción». Véase Ramón García Gómez: «El matrimonio como sexo institucionalizado», cit., pág. 530 (cuerpo de la página y nota al pie de la misma n° 28; la cursiva es del original).

⁴¹ Sobre esta distinción entre *generelle* y *konkrete Fortpflanzungsfähigkeit* véase Roland Schimmel: *Eheschliessungen gleichgeschlechtlicher Paare?*, Duncker und Humblot, Berlín, 1996, p. 101 y ss.

⁴² Kai Möller: «Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe», cit., p. 69.

una «comunidad de vida y responsabilidad mutuas» y para la que la exclusión de la misma de los mayores de cincuenta años del ejemplo implicaría una flagrante violación de los derechos de la personalidad de los afectados y, en último análisis, una descalificación de la institución del matrimonio desde su configuración como una unión íntima fundada en la mutua cercanía y confianza de dos seres humanos – la mutua comunidad de responsabilidad que la Sentencia objeto de este estudio ostensiblemente protege a la pareja homosexual que la vivencia plenamente– a la condición de un mero *medio* para satisfacer, mediante la reproducción biológica, la pretensión de continuidad de la sociedad democrática, del Estado.⁴³

No obstante, la concreta formulación constitucional del precepto⁴⁴ permite aún, tanto a la doctrina mayoritaria como en el plano jurisprudencial, entender que deba seguir extrayéndose del art. 6 LFB en labor interpretativa una doble expectativa constitucional, subdivisible según dichos enfoques y desde una perspectiva teleológica en dos escalones. Así, en un primer escalón la previsión de específica protección constitucional del matrimonio transportaría en sí la expectativa de que los titulares del derecho fundamental eligen dicho instituto jurídico y, en un segundo escalón, a través del nexo en la protección («*Schutzzusammenhang*») constitucional entre matrimonio y familia, transportaría en sí una expectativa de que tipológicamente del matrimonio se desarrolle *generativamente* una familia,⁴⁵ de forma que la heterosexualidad como elemento definidor estructural del matrimonio *pretende* la familia.⁴⁶

⁴³ Sobre esa dimensión de matrimonio y familia como fundamento de la «*freiheitliche Gesellschaft*», véase, de entre los iuspublicistas, Paul Kirchhof: «Ehe und Familie als Grundlage einer freiheitlichen Gesellschaft», *Stimmen der Zeit*, 1999, pág. 507. De la pervivencia de esta marcada concepción funcionalista hasta la más reciente doctrina proporciona un contundente –y llamativo si lo examinamos sobre el telón de fondo de la reciente historia contemporánea de Alemania– testimonio Schüffner al sostener que «la función reproductiva del matrimonio rinde una importante contribución al desarrollo de futuras generaciones y con ello a la *continuidad generativa del pueblo alemán* como sostenedor de la soberanía popular»: Marc Schüffner: *Eheschutz und Lebenspartnerschaft. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Lebenspartnerschaftsrechts im Lichte des Art. 6 GG*, Duncker und Humblot, Berlín, 2007, p. 736: (cursiva no presente en el original).

⁴⁴ A diferencia de la fórmula constitucional de reconocimiento recogida en el art. 32.I CE, la Constitución alemana sí integra, en su art. 6.I con una misma frase matrimonio y familia: «(1) Matrimonio y familia se encuentran bajo la protección del ordenamiento estatal».

⁴⁵ Así se explicita en la hasta ahora más acabada exposición doctrinal de este entendimiento, aportada por Marc Schüffner: *Eheschutz und Lebenspartnerschaft...*, cit., pp. 369 y 372 («*generative Erweiterung der Ehe zur Familie*»).

⁴⁶ En realidad, esa dimensión generativa de familia del matrimonio sólo está *expresamente* consignada por el constituyente en la definición que del matrimonio se daba por la Constitución de Weimar. En efecto, ésta sí que consagraba explícitamente, en su art. 119.I que «El matrimonio está bajo la especial protección de la Constitución como fundamento de la vida familiar y de la conservación y multiplicación de la Nación». Sobre las consecuencias de esta concreta redacción del art. 119 de la Constitución de Weimar para el entendimiento de la garantía de instituto aplicada al matrimonio y su recepción posterior en el contexto de la Ley Fundamental, en el marco englobador de las *Einrichtungsgarantien*, véase el examen a fondo que

Especialmente de esto último se desprendería la obligación constitucional para el legislador de configurar legalmente el instituto jurídico del matrimonio de tal manera que a los titulares del derecho fundamental les resulte, en el marco del ordenamiento jurídico, *atractivo* recurrir a dicho instituto jurídico, mientras que respecto de otras posibles formas de comunidad de vida la Constitución, al no mencionarlas ni establecer su estructural ampliación a la familia propia sólo del matrimonio, no comparecería esa obligación positiva sobre el legislador.

Si para este entendimiento doctrinal existe una conexión tipológica desde el matrimonio a la familia, respecto de la comunidad de vida homosexual resultaría exactamente lo contrario atendido el plano tipológico, es decir, «la conexión de tipo en sentido de una potencialidad de extensión entre ella y la familia no puede producirse». Por eso mismo no dimanaría constitucionalmente respecto del legislador una obligación de promocionar dichas formas de vida y, si pese a ello, se decidiese por estructurar legalmente el instituto jurídico de las comunidades de vida homosexuales como una reproducción o copia institucional del matrimonio estaría sobrepasando el margen de configuración legal constitucionalmente conferido.

Y sin embargo, es precisamente esa, por paradójico que pueda parecer, la opción que en la Sentencia que aquí se estudia extiende el Alto Tribunal ante el legislador para el supuesto ya arriba mencionado de que éste opte por transformar el matrimonio devenido homosexual por caso de transexualidad en unión civil para homosexuales. Si para las concepciones doctrinales recién aludidas desde el imperativo constitucional de promover el instituto jurídico del matrimonio se deriva para el legislador un *imperativo de diferenciación* reguladora⁴⁷ entre éste y otros institutos jurídicos posibles reguladores de otras formas de «comunidad de vida», resulta que justamente el Alto Tribunal le señalará al legislador que, con el fin de garantizarle a la pareja homosexual la garantía plena de los derechos y deberes nacidos del matrimonio, podrá crear para ese propósito una comunidad de vida jurídicamente reconocida *sui generis* que «garantice a la pareja [homosexual] los derechos y deberes dimanantes del matrimonio».⁴⁸

proporciona Ute Mager: *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Mohr-Siebeck, Tübinga, 2003, *passim* (pp. 195 y ss.).

⁴⁷ Este *Differenzierungsgebot* estaría incardinado en el esquema que desde estos enfoques se realiza respecto de la garantía de instituto y según el cual con la mención constitucional del instituto —aquí el matrimonio— se activa, en relación con la decisión del constituyente en el orden de los valores, una función de selección (*Selektionsfunktion*), se afirma, segundo, la decisión valorativa frente a transformaciones (función de transmisión o *Tradierungsfunktion*) y, por último, se postula el rol eminente del instituto en el conjunto del ordenamiento jurídico (función de imagen modeladora o *Abbildungswirkung*).

⁴⁸ BVerfGE, I BvL 10/05 de 27.5.2008, pár. 71, *in fine*.